



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1071-22.2010.6.13.0000 – CLASSE 36 – BELO HORIZONTE – MINAS GERAIS

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva
Embargante: Analucia Imaculada Osorio Camargos
Advogado: Jaison Osvaldo Della Giustina
Embargada: União
Advogada: Advocacia-Geral da União

Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inexistência. Nulidade. Provimento apenas pra prestar esclarecimento.

1. Não há omissão ou contradição no acórdão embargado, pois nele constou que a aprovação em concurso público em posição classificatória fora do número de vagas não enseja direito líquido e certo à nomeação.

2. Inexiste nulidade do acórdão embargado por falta de intimação do advogado para sessão de julgamento. O julgamento de agravo de instrumento em recurso extraordinário independe de pauta, assim como o agravo regimental e os embargos de declaração.

Embargos de declaração rejeitados.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de maio de 2014.

MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, Analucia Imaculada Osorio Camargos opôs embargos de declaração (fls. 346-358) contra o acórdão desta Corte (fls. 329-343) que julgou prejudicado, nos termos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, agravo de instrumento em recurso extraordinário no recurso em mandado de segurança interposto contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais que denegou a ordem em mandado de segurança, impetrado contra ato do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais e contra a empregada terceirizada Maura de Fátima da Silva, pleiteando a embargante nomeação no cargo de Técnico Judiciário – Área Serviços Gerais, Especialidade Artes Gráficas.

Eis a ementa do acórdão embargado (fls. 329-330):

Agravo de instrumento em Recurso Extraordinário. Recurso em Mandado de segurança. Concurso público. Aprovação fora do número de vagas. Repercussão geral.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 589.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, decidiu que, em regra e salvo situações excepcionais devidamente motivadas pela Administração, “dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas”.

2. Na hipótese dos autos, a recorrente foi aprovada em concurso público, mas fora do número de vagas previsto no edital. A contratação de terceirizado dentro do prazo de validade do concurso, ainda que em funções semelhantes, não implica direito líquido e certo à nomeação de candidato impetrante aprovado no certame, dada a ausência de vaga indicada pela Administração.

Agravo de instrumento em recurso extraordinário que se julga prejudicado, nos termos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

A embargante alega, em suma, que:

- a) não houve a intimação de seu advogado para a sessão de julgamento do agravo de instrumento, realizada no dia 14.10.2013, o que deve acarretar sua nulidade e a designação de nova data de julgamento, a fim de que lhe seja dada oportunidade de realizar sustentação oral;
- b) o acórdão embargado seria omissivo e contraditório no tocante às provas dos autos, porquanto se limitou a afirmar que a impetrante não estaria dentro do número de vagas previsto no edital, sem analisar o fato de que ela está no cadastro de reserva e de que o cargo para o qual poderia ser nomeada está sendo ocupado por terceirizado, em afronta à lei e às decisões do Supremo Tribunal Federal;
- c) o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal consolidaram o entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital têm direito subjetivo à nomeação, o que traz como consequência a ilegalidade da contratação de comissionados para o cargo a que candidato aprovado em cadastro de reserva faria jus;
- d) em um certame, os candidatos aprovados podem ser nomeados em razão da criação de novas vagas, aposentadoria, exoneração, etc.;
- e) o princípio da exigibilidade do concurso público constitui a regra geral, sendo exceção a criação de cargos em comissão, de função de confiança e de cargos temporários, nos termos do art. 37, II, V e IX, da Constituição Federal;
- f) a linha de raciocínio adotada pelo ex-Ministro do STF Maurício Corrêa, no julgamento da Adin nº 890/DF – no sentido de que a contratação de temporários não abrange serviços permanentes nem de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma



regular do concurso público – deve ser aplicada aos comissionados;

g) a contratação de servidores comissionados e/ou temporários para ocuparem cargos para os quais há aprovados em concurso, em cadastro de reserva, transforma a expectativa em verdadeiro direito, haja vista que *“a partir da demonstração da necessidade de provimento pela Administração de um determinado número de vagas, a nomeação e a posse, que seriam, a princípio discricionárias, tomam-se verdadeiros atos vinculados”* (fl. 356). Cita julgado do STJ – AgR-REspe nº 1.124.373, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 1º.7.2011 – nesse sentido.

Requer, como preliminar, a nulidade do julgamento, por ausência de intimação do seu advogado, com a designação de nova data para a realização do julgado, ou o reconhecimento de contradição e omissão do acórdão embargado, a fim de que seja realizado o devido cotejo ante a situação de a embargante estar no cadastro de reserva para um cargo que está ocupado por terceirizado, reconhecendo-se seu direito subjetivo à nomeação.

Por despacho à fl. 363, em respeito ao princípio do contraditório, determinei a abertura de prazo para manifestação da embargada.

A União apresentou contrarrazões (fls. 369-371), nas quais defende a rejeição dos embargos de declaração, sob os seguintes argumentos:

a) não há falar em nulidade do acórdão embargado, porquanto não há previsão de defesa oral no julgamento de agravo de instrumento em recurso extraordinário, nos termos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil;

b) não existe contradição ou omissão no acórdão embargado, porquanto nele se apreciou a demanda de modo suficiente,



tendo esta Corte Superior se pronunciado acerca de todas as questões elencadas no recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (Relator): Senhor Presidente, os embargos de declaração são tempestivos. O acórdão embargado foi publicado no *DJe* de 22.11.2013, sexta-feira, conforme certidão à fl. 344, e os embargos de declaração foram opostos em 26.11.2013, terça-feira (fl. 346), por procurador habilitado nos autos (procuração à fl. 170).

A embargante defende, inicialmente, a nulidade do acórdão embargado, sob o argumento de que seu advogado não teria sido intimado para a sessão de julgamento.

Trata-se de agravo de instrumento decorrente da negativa de seguimento de recurso extraordinário interposto contra o acórdão deste Tribunal que manteve acórdão regional que denegou a ordem em mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal determinou a devolução dos autos a esta Corte Superior, para a observância do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil considerada a repercussão geral no RE nº 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Este Tribunal julgou que o acórdão recorrido deste Tribunal está em plena consonância com o quanto decidido pelo STF, de acordo com a sistemática da repercussão geral, razão pela qual julgou prejudicado o agravo de instrumento em recurso extraordinário, nos termos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Cabe destacar que a sistemática para inclusão do feito em pauta neste Tribunal ocorre quando ele é levado em primeira oportunidade para julgamento em Plenário.



Nos termos do art. 36, § 9º, do RITSE, o julgamento do agravo regimental independe de pauta. Nesse sentido: ED-AgR-AI nº 7.327, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJe* de 20.4.2007; ED-AgR-REspe nº 9559473-96, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 26.9.2012.

O art. 23 do RITSE também dispõe que "*nos embargos de declaração não é permitida a sustentação oral*".

No caso, o recurso ordinário em mandado de segurança foi julgado monocraticamente pelo Ministro Marcelo Ribeiro, seguindo-se a interposição de agravo regimental, embargos de declaração, recurso extraordinário e agravo de instrumento.

Assim, entendo que o agravo de instrumento em recurso ordinário interposto deve seguir a sistemática adotada por este Tribunal quanto ao julgamento do agravo regimental e dos embargos de declaração, ou seja, independentemente da publicação de pauta.

O próprio Regimento Interno do STF, no art. 83, § 1º, III, preceitua que o julgamento do agravo de instrumento independe de pauta. Confira-se o teor do referido dispositivo:

Art. 83. A publicação da pauta de julgamento antecederá quarenta e oito horas, pelo menos, à sessão em que os processos possam ser chamados.

§ 1º Independem de pauta:

[...]

*III – o julgamento de habeas corpus, de conflito de jurisdição ou competência e de atribuições, de embargos declaratórios, de agravo regimental e de **agravo de instrumento** (grifo nosso).*

Assim, não vislumbro a apontada nulidade, por falta de intimação para sessão de julgamento.

De outra parte, a embargante aponta contradição e omissão no acórdão embargado, porquanto esta Corte Superior teria se limitado a afirmar que a impetrante não estaria dentro do número de vagas previsto no edital, sem analisar o fato de que ela está no cadastro de reserva e de que o cargo para o qual poderia ser nomeada está sendo ocupado por terceirizado, em afronta à lei e às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Não há, contudo, os alegados vícios, conforme se verifica do seguinte trecho do acórdão embargado (fls. 336-339):

A recorrente defende, no seu Agravo interposto contra a decisão denegatória do Recurso Extraordinário, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no RE nº 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, atinente à existência de "direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado entre as vagas previstas no edital de concurso público" (fl. 278).

Sustentou, assim, que o precedente se amolda ao seu caso, porque "o acórdão atacado reconhece explicitamente que existe uma terceirizada ocupando cargo vago, que deveria estar sendo ocupada por concursado, no caso a recorrente" (fl. 279).

Destaco o teor da ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da repercussão geral no RE nº 598.099.

Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros

termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais



que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Conforme decidido pelo STF, a aprovação em concurso público, em posição classificatória dentro do limite das vagas previstas no edital, confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, exceto em situações excepcionais, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.

Todavia, na hipótese dos autos, a decisão do Tribunal assinalou que "a impetrante, aprovada acima do número de vagas previstas no edital, ainda que presente a necessidade de serviço, não demonstrou a existência de cargo vago na Administração, não havendo se falar, portanto, em direito líquido e certo à sua nomeação" (fl. 178, grifo nosso).

Por tal razão, consignou o então relator do feito, Ministro Marcelo Ribeiro, que, "mesmo que se entenda pela irregularidade da contratação de empregado terceirizado no âmbito do Tribunal de origem, tal condição não gera, no caso concreto, o direito a nomeação da impetrante, pois, como visto, há que existir, além da necessidade do serviço, presente na espécie, a existência de cargo vago, o que, todavia, não se verificou" (fl. 179, grifo nosso).

E, no ponto, asseverou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do citado RE nº 598.099/MS, "o dever da Administração e, em consequência, direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas apenas àquelas previstas no edital de concurso. Isso porque cabe à Administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive transformando ou extinguindo, eventualmente, os respectivos cargos".

Assim, porque os presentes autos revelam situação em que a impetrante obteve classificação fora do número de vagas previsto no edital, o acórdão recorrido deste Tribunal, bem como a decisão agravada, se encontram em plena consonância com o quanto decidido pelo STF, de acordo com a sistemática de repercussão geral.

Por essas razões, voto no sentido de rejeitar os embargos de declaração opostos por Analucia Imaculada Osorio Camargos.



EXTRATO DA ATA

ED-AgRE-RMS nº 1071-22.2010.6.13.0000/MG. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Embargante: Analucia Imaculada Osorio Camargos (Advogado: Jaison Osvaldo Della Giustina). Embargada: União (Advogada: Advocacia-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes as Ministras Laurita Vaz e Luciana Lóssio, os Ministros Dias Toffoli, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes.

SESSÃO DE 6.5.2014.